

STANDARDS: O QUE SÃO E COMO CRIÁ-LOS?*

Siddharta Legale Ferreira

*Residente jurídico da Procuradoria Geral do
Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
Coordenador da Revista de Direito dos
Monitores da UFF*

Sumário: Aspectos gerais. I. Breve incursão histórica II. Conceituação preliminar. III. Espécies de parâmetros. IV. Justificativas para utilização. V. Reflexão metodológica sobre o processo de construção de parâmetros: Existe um roteiro? V.1. O estudo do caso. V.2. O estudo de casos: A elaboração do catálogo. V.3. A condensação linguística dos parâmetros. Apontamentos finais. Referências.

Resumo: Este texto pretende depurar as reflexões teóricas sobre o conceito e as espécies de uma técnica de ponderação chamada “parâmetros”. Em seguida, investiga/propõe um roteiro para construí-los.

ASPECTOS GERAIS

Certo dia, descobri, num texto do Affonso Romano de Sant’Anna, que não é raro um autor encalhar numa palavra. Ele explicava que “*A pessoa vai lá no seu barquinho vida adentro e, de repente, encalha numa palavra. Pode ser: ‘marxismo’, ‘Deus’, ‘pai’, ‘vanguarda’, ‘revolução’, ‘Paris’, ‘aposentadoria’.* Algumas palavras são mesmo paralisantes. O Brasil, por exemplo, no princípio do século encalhou na ‘febre amarela’, Nos últimos anos reencalhou na ‘ditadura’ e na ‘censura’. Há trinta anos estava encalhado na inflação. Já conseguiu desencalhar um pouco da corrupção, mas está difícil desencalhar da ‘reforma agrária’ e

totalmente do 'subdesenvolvimento'."¹

De repente, foi como se tivesse me dado conta do quanto o direito constitucional anda encalhado em palavras, especialmente nas palavras "proporcionalidade" e "razoabilidade". A ponderação de interesses, de fato, tornou-se uma técnica muito conhecida, difundida especialmente por meio da proporcionalidade. Mas é preciso ir além. Os parâmetros, ou *standards*, também constituem uma técnica de ponderação bastante importante. O objetivo do texto, por isso, é refletir sobre tal técnica, sobretudo, considerando que sua utilização ainda necessita de uma reflexão teórica mais depurada, capaz de sublinhar seu potencial prático.

A doutrina brasileira difundiu a ponderação através do uso do princípio da proporcionalidade², percorrendo tanto discussões

¹ * O presente artigo é uma versão reduzida do texto que se classificou em primeiro lugar no Prêmio Monografia do Ano de 2009, promovido pela ESMEC - Escola Superior da Magistratura do Ceará.

SANT'ANNA, Afonso Romano. **Palavras que ajudam e atrapalham a viver**. In: Que presente te dar. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002, p. 208.

² Diversas controvérsias acadêmicas estão relacionadas à proporcionalidade, mas optamos não abordá-las, tais como se sua natureza é de regra (Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva), se é princípio (Paulo Bonavides) ou se seria postulado (Humberto Ávila). Outra diz respeito a se é possível considerar como sinônimo da razoabilidade (Luís Roberto Barroso) ou não (Humberto Ávila), uma vez que a razoabilidade supostamente teria uma dimensão própria, relacionada ao deveres de congruência, equidade e equivalência. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2000, p. 223 - 250; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 392-434; BARROSO, Luis Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direitos Constitucional**. *Revista Forense*, n. 336, out./dez. 1996, p. 125 - 136, , 1998.; ÁVILA, Humberto Bergman. **A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999, p. 151-179. Do mesmo autor, cf. o seu livro: **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

sobre sua natureza (regra, princípio ou postulado) e sua estrutura interna (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)³, quanto a sua aplicação aos mais diversos ramos do direito o que conduziu a um verdadeiro esgotamento hermenêutico.

Resta ainda acelerar processo de desencantamento hermenêutico em relação à proporcionalidade. Falta perceber que existem limites ao seu emprego, tais como o fato de a mesma estrutura utilizada para considerar uma medida razoável poder ser aplicada para o oposto: taxá-la de desproporcional. Outro limite é que, mesmo uma medida considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, pode não realizar na mesma intensidade o bem jurídico contraposto. Se não bastasse isso, é possível falar em adequação forte e fraca, necessidade forte e fraca e proporcionalidade *strito sensu* forte e fraca⁴. Resta a dúvida de como determinar, na prática, esses graus de intensidade diferenciados entre forte e fraco, diante do caso concreto, bem como em que exatamente eles são relevantes para tomada de decisão. Resultado: a proporcionalidade já não reduz a subjetividade, nem racionaliza a tomada de decisões tão bem quanto num primeiro momento. Sem dúvida, a proporcionalidade cumpriu seu papel, mas é preciso estudar e empregar outros métodos. Os *standards*

³ Sobre tal estrutura, Cf. Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and subsumption. A structural comparison.** *Ratio Juris*, n. 16, 2003, p. 436 e ss.

⁴ Sobre a aplicação das dicotomias forte ou fraca, qualitativa ou quantitativa aplicadas à estrutura interna da proporcionalidade (adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade estrito senso), Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324 e ss.

podem suprir essa lacuna⁵.

Em relação aos parâmetros, o mesmo não acontece. Há uma verdadeira escassez de reflexões metodológicas depuradas sobre seu conteúdo, bem como de leituras sistemáticas sobre a aplicação prática de parâmetros específicos⁶. Muitas vezes se confunde a aplicação dos *standards* com a proporcionalidade⁷. O motivo é que, provavelmente, embora eles

⁵ Robert Alexy explica que em determinados julgamentos é inevitável recorrer aos *standards* que não podem ser encontrados pura e simplesmente na ponderação. Exemplifica com duas decisões da Corte Constitucional alemã. O primeiro refere-se à necessidade dos produtores que tabaco advertirem os consumidores dos riscos de fumar, havendo neste caso uma restrição justificadamente mais rigorosa da necessidade de uma controle mais rigoroso da liberdade dos produtores e tabaco. Outro caso diz respeito à liberdade de um jornal satírico que chamou um indivíduo paraplégico de “aleijado”, razão pela qual, mesmo reconhecendo que a liberdade de expressão em casos de sátira deve em geral sofrer um controle mais brando, nesse caso em particular, representava uma humilhação inaceitável. Note-se que, em ambos os casos houve a intensidade do controle pressupõe a aplicação de parâmetros costumeiros (“*customary standards*”), já que a estrutura abstrata da proporcionalidade não aponta se o controle deve ser fraco, forte ou moderado. Cf. ALEXY, Robert. *Op.cit.* p. 437 e ss.

⁶ Existem textos que empregam a técnica de forma pontual, mas ainda falta uma obra que se dedique exclusivamente a uma visão panorâmica e sistemática do emprego de parâmetros específicos em áreas diversas. A melhor obra sobre o tema é a tese de doutorado que tratou da ponderação, dedicando capítulos substanciais. Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 159 e ss.

⁷ Até mesmo alguns autores renomados e talentosos, por vezes, confundem as duas técnicas. J.J. Gomes Canotilho, por exemplo, ao comentar a técnica *en passant*. Confira-se: “Através de **standards** jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar, a administração ...”. V. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

tenham o potencial de reduzir o subjetivismo e racionalizar a tomada de decisões, exigem um maior esforço interpretativo e uma reflexão mais complexa sobre os fatos, normas, valores envolvidos e decisões judiciais pertinentes. Como se sabe, infelizmente, as ideias mais simples - mesmo que imprecisas - costumam prevalecer sobre as complexas - ainda que sejam melhores. Embora possam funcionar de forma associada, proporcionalidade e *standards* não se confundem.

O objetivo do presente texto é cuidar dos *standards*, como técnica autônoma, emprestando-lhe maior status teórico para chamar atenção sem descuidar de chamar atenção para o seu potencial prático. A principal tarefa deste estudo será, por isso, conceituar e apresentar as espécies parâmetros, bem como expor as justificativas, críticas e contra-argumentos à sua aplicação. A principal inovação, contudo, fica por conta de um ensaio de uma “fórmula”, melhor, um roteiro para facilitar o processo de confecção de parâmetros.

Não se está propondo, ao empregar ostensivamente os parâmetros como ferramenta hermenêutica, uma dogmática constitucional transformadora, tampouco uma dogmática reacionária. Tão importante quanto romper com a tradição, é saber preservá-la, quando for adequado. Não se está propondo uma dogmática liberal, muito menos social ou dirigente. Especialmente em contextos democráticos, onde impera o desacordo moral, manter ou romper com algo pressupõe a avaliação de inúmeras variáveis, como o momento, o local, as implicações sob a ótica de uma moralidade crítica, os ganhos e as perdas sócio-econômicas. Tudo que possa indicar motivos para ser contra ou a favor de algo. Somado isso ao pluralismo em sociedades democráticas com a internacionalização do direito, especialmente, no diálogo entre direitos humanos e direitos fundamentais, observa-se que o desacordo aumenta e as questões tornam-se ainda mais complexas. O direito revela-se maleável⁸.

⁸ Sobre a transformação da soberania e o pluralismo entre os diversos grupos sociais como fatores que tornaram a dogmática fluída, Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.9-45.

Os *standards* apresentam o elevado potencial para fundamentar decisões em contextos democráticos e de gradativa internacionalização do direito.

I BREVE INCURSÃO HISTÓRICA

Os *parâmetros* constituem uma temática eminentemente da tradição judicial norte-americana⁹. Tanto é assim que a própria ponderação (*balancing*), no sentido norte-americano, chega a ser definida por alguns autores como o método de teoria da interpretação constitucional no qual, por exemplo, o juiz em seu voto analisa uma questão constitucional, identificando os interesses concorrentes (*competing interests*) para chegar a uma decisão ou construir uma norma de direito constitucional por um processo que, implícita ou explicitamente, destaca os valores nos interesses identificados. Entendem, por isso, que a ponderação representa uma forma diferente de pensar que considera a comparação entre os interesses e fatores envolvidos¹⁰.

No direito norte-americano, é comum ainda diferenciar algumas espécies de *balancing*. A primeira é a *definitional*

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.895: “A doutrina constitucional europeia assinala devidamente a importância dogmática do plano da fundamentação e da argumentação jurídica na cristalização de um sistema, aberto mas normativamente orientador, de relações de precedência. (...) Porém é indiscutivelmente na tradição judicial norte-americana que encontramos desenvolvimentos, a nosso ver iluminantes, desta possibilidade de racionalização dos procedimentos de ponderação através da tipificação de grupos de casos, da institucionalização de *tests* de verificação judicial e de *standards* dos controlos das restrições.”

¹⁰ Cf. ALEINIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing**. *The Yale Law Journal*, n. 5, 1987, p. 943 e ss.

balancing que pode ser conceituado como aquele que estabelece um princípio constitucional de aplicação geral¹¹ que passa a orientar definições e critérios passam a orientar decisões futuras¹². Já o *ad hoc balancing* ou ponderação *ad hoc* é a ponderação propriamente dita, considerando os interesses em jogo no caso em particular.

Não deve ser levada ao extremo a diferença entre ambos, porque não é razoável que se etiquete um caso como pertencente à mesma lógica já decidida pelo *definitional balancing* para afastar a necessidade. Alexander Aleinikoff explica que, após os votos do Justice Rehnquist, a diferença teria se tornado artificial e frágil, uma vez que se a Corte pode sempre “reabrir” para a ponderação, então todas as ponderações seriam transformadas em *ad hoc*. Acreditamos que existe uma diferença embora seja tênue. Precisamente, o ônus argumentativo para superar (*overruled*) ou distinguir (*distinguish*) o caso concreto dos parâmetros instituídos no *balancing definitional* é maior do que quando se está diante de um caso particular em relação ao qual deverão ser ponderados os interesses pela primeira vez¹³.

Do ponto de vista histórico, os parâmetros para ponderação surgem, no contexto norte-americano, a partir do direito da responsabilidade civil e dos atos ilícitos (*law of torts*). Naquele momento, o objetivo era tornar vinculante certos comportamentos ou interesses sociais em relações

¹¹ Idem. *Ibidem*, p. 948.

¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 268 e ss.

¹³ De forma semelhante, após contrapor a ponderação preventiva e a ponderação real ou concreta, explica que esta uma é uma ponderação *prêt-a-porter*, enquanto a outra é um modelo de alta costura realizada caso a caso. Depois disso, conclui a ponderação em abstrato dispensará o intérprete de refazer a ponderação *ad hoc*, mas que será sempre possível refazê-la com um ônus argumentativo maior se desejar se afastar dela. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 146-155.

obrigacionais, embora, inicialmente, tenham sido enxergados como “tipos médios de conduta social”, cujo conteúdo depende sempre de atualização por meio dos mecanismos decisórios. Com essa lógica, os *standards* como o do homem razoável (*reasonable man*) passaram a ser invocados como medidas de comportamento ou interesses relevantes judicialmente.¹⁴

Roscoe Pound foi o responsável por, pela primeira vez, conceituar e analisar o instituto com cautela¹⁵. Definia os *standards* jurídicos como medidas da conduta social correta¹⁶. O filósofo do direito enxergava o instituto como elementos “operadores jurídicos” de um sistema aberto, rebelando-se claramente contra as tentativas de encarcerar o direito em opções jusfilosóficas rígidas, unilaterais e totalizantes¹⁷. Segundo

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 154 e ss.

¹⁵ Apesar disso, o autor remete os *legal standards* para o direito romano, notadamente para idéia de equidade a ser aplicada pelo pretor, por exemplo através de conceito como o homem médio, na tentativa de adaptar o direito ao caso concreto ao invés de simplesmente aplicar as leis. Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954. Parece, contudo, que o autor possui um pensamento próprio, singularizado pela ênfase na inexistência de um valor absoluto (seja o interesse comunitário ou uma comunidade de indivíduos livres), que o conduz à necessidade de equilibrar, harmonizar os interesses em jogo por meio da ponderação (*balancing*).

¹⁶ POUND, Roscoe. The administrative application of legal standards, p. 12 *apud* STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 35.

¹⁷ No capítulo 2 da obra, “O fim do Direito”, o autor lista diversas dessas teorias e procurar mostrar o atrito entre os diversos interesses em jogo. No capítulo seguinte que trata da aplicação do direito, conclui que existem diversas técnicas para individualização na aplicação do direito, como o recurso a equidade e os *legal standards* aplicados às condutas geralmente quando o dano resulta de certas relações. Cf. POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**, p.64.

ele, as sociedades modernas precisam de mecanismos, cujo grau de abstração permita ao Judiciário lidar com os inúmeros interesses divergentes, que existem na sociedade para, dessa forma, ser capaz de incorporar e concretizar os valores, deveres e critérios de cuidado e responsabilidade¹⁸. O autor enxerga nos *standards*, por isso, uma tripla dimensão: (i) moral, ao valorar os comportamentos; (ii) prática, por pressupor o emprego de critérios extra-jurídicos com a experiência e a intuição; (iii) flexibilização, que torna possível adaptar as regras aos casos concretos¹⁹.

Do ponto de vista judicial, a decisão proferida no caso *United States v. Carolene Products* foi o grande marco na ponderação de interesses norte-americanos. O julgado de 1938

¹⁸ A visão de Pound a respeito dos interesses divergentes na sociedade, Cf. POUND, Roscoe. **A survey of social interests**. *Harvard Law Review*, n. 52, 1943, p. 1 e ss.

¹⁹ POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven: Yale University Press, 1954, p. 58: "For three characteristics may be seen in legal standards: (1) They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be 'fair', or 'conscientious', or 'reasonable', or 'prudent', or 'diligent' (2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. (3) They are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bound fixed each case is to be applied with reference to the facts of the case is to a certain extent unique. In reaction from equity and natural Law, and particularly in the nineteenth century, these standards were distrusted.". Um breve, mas elucidativo e pertinente, comentário sobre Roscoe Pound pode ser encontrado em: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 154 e ss. e STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p.43.

considerou constitucional a lei federal que regulamentava o comércio de leite, impugnada sob o argumento de violação ao devido processo legal em sentido substantivo que lá é utilizado, a despeito das diferenças, de forma semelhante à razoabilidade. Na famosa nota de rodapé nº4, o Juiz Stone consagrou certos parâmetros para ponderação que, em linhas gerais, tem se mantido até hoje.

Nesse precedente, a jurisprudência norte-americana desenvolveu critérios diferenciados para lidar com a constitucionalidade das normas que grosso modo são os seguintes: (i) Caso se trate de regulação da atividade econômica, então, o controle jurisdicional em relação aos critérios do Legislador e da Administração devem ser mais brandos; (ii) Quanto às restrições aos direitos civis básicos e as liberdades, o controle será mais rígido (*strict scrutiny*) por considerar suspeitas tais restrições e por tolerá-las apenas nos casos em que estejam justificadas por necessidades públicas essenciais e indeclináveis; (iii) quanto as normas que instituíssem discriminações, à luz da noção de *equal protection of laws*, opera com parâmetros que consideram suspeitos alguns critérios utilizados pelo Legislador para desigualar as pessoas, tais como raça, religião, descendência e etc. Dessa forma, a legislação nessas hipóteses se submetem a um controle mais rigoroso do que a mera razoabilidade.²⁰

Contudo, apenas na década de 50 e 60, o discurso de aplicação da ponderação (*balancing*) se difundiu no cenário norte-americano. Especialmente após Ronald Dworkin, o direito norte-americano resgata o emprego e a finalidade do termo. É bem verdade o termo passa a ser empregado em um sentido

²⁰ Para uma breve exposição do caso e da ponderação de bens na jurisprudência norte-americana, Cf. SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.73-77.

amplíssimo e o aborda num contexto completamente diferente do realismo jurídico que impera na época em que Roscoe Pound discutia. O contexto é marcado por uma contestação ou ruptura com o positivismo. Os *standards* passam a ser enxergados, de certa forma, em oposição às regras, porque funcionam de forma diferente, mais precisamente, como princípios ou diretrizes²¹. Os *standards* estabelecem relações entre princípios ou regras. Vale lembrar que os princípios, na visão do autor, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), aplicável na medida do possível. Ponto em que diferem das regras, cuja aplicação recorre ao esquema do tudo ou nada (*all-or-nothing*)²².

O autor exemplifica o uso dos *standards* com o precedente *Riggs v. Palmer*. Apesar de inexistirem regras que proibissem expressa e claramente que o assassino do próprio avô de herdar a herança do mesmo, a vedação foi extraída de uma conexão de sentido entre diversos casos existentes, como, por exemplo, os que vedavam alguém de lucrar com a própria fraude ou tirar vantagem do próprio erro ou adquirir legalmente uma propriedade por um crime. A lógica subjacente, ou, em outras palavras, o *standard* escondido entre os casos, era o de que ninguém pode

²¹ DWORKIN, Ronald. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Havard University Press, 1978, p.22: "I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.I.A. Hart's version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules."

²² Para uma análise mais detida da teoria dos princípios, Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51 e ss.

se beneficiar da própria torpeza. Por essa razão, se o herdeiro adquirir a herança antecipadamente daquele que matou, serão violados também os preceitos jurídicos e morais.

De forma semelhante, o autor faz menção a alguns testes para restringir de forma legítima à liberdade de expressão, consagrada na primeira emenda, só poderá restringida a partir da ponderação (*balancing*) com a noção de “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*). O autor exemplifica, ainda, com outras expressões, tais como “reasonable”, “negligent”, “unfair” e “significant”. Dá exemplos também referentes aos contratos ostensivamente injustos (*grossly unfair*) ou desarrazoados (*unreasonable*) que devem ser evitados e não poderão ser exigidos.

Nota-se, então, a existência de uma modalidade própria de parâmetros, construída como testes de ponderação através de “*conceitos específicos*”. Conclui-se, ainda, que, de Roscoe Pound para Ronald Dworkin, o direito constitucional norte-americano deu uma virada de um modelo de *balancing* baseado nos interesses (*interests-based balancing*) para um modelo de ponderação baseado em direitos (*rights-based balancing*)²³.

Já no Brasil, as primeiras obras a tratar da ponderação, com autonomia e profundidade, datam do final da década de 90 a partir de um movimento inspirado claramente na busca de um novo direito constitucional, um neoconstitucionalismo. A partir desse período, deu-se, ainda, uma verdadeira jurisprudencialização do direito. Técnicas, como a ponderação, ganharam terreno nos tribunais e na doutrina. As palavras são testemunhas muito mais fortes de que houve a

²³

Sobre a passagem de um modelo para outro, com uma maior riqueza de detalhes e a partir também dos casos da jurisprudência norte-americana, e não da simplista comparação entre dois autores que fizemos (Pound e Dworkin), Cf. PORAT, Iddo. **From interest-based balancing to rights based balancing: Two models of balancing in the early days of American constitutional balancing**. Disponível em: << <http://ssrn.com/abstract=1012592> >>.

jurisprudencialização do direito do que qualquer documento ou estudo estatístico poderia ser. Vejam-se apenas algumas que testemunharam que, nos últimos tempos, ocorreu mais intensamente a aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*. São palavras, como, por exemplo, efeito vinculante (*binding effect*), regras extraídas da decisão (*holding*), fundamentos (*rationale*), os argumentos laterais para resolução do caso (*obiter dictum*), a superação total de um precedente (*overruling*), a restrição do âmbito de aplicação de um precedente (*overriding*), a distinção de um caso em face do precedente (*distinguish*) e casos paradigmáticos (*leading cases*).

Não é preciso trazer planilhas de quantas decisões o Supremo Tribunal Federal julgou no ano passado, tampouco de quanto a sua atuação foi difundida no meio jurídico e até mesmo na mídia em geral. Não é preciso mostrar gráficos do crescimento do uso das decisões judiciais para construir e explicar o direito por parte dos manuais jurídicos brasileiros. É fácil perceber que uma ou duas décadas atrás o uso era praticamente nulo. Atualmente, apesar, da utilização em geral carente de bases metodológicas de todo consistentes, é difícil encontrar um livro ou artigo jurídico que não cite pelo menos algumas decisões judiciais, ainda que não raro como argumento de autoridade. No direito brasileiro, a jurisprudência passou, academicamente, do nada ao alguma coisa.

De fato, algumas publicações (livros e artigos) recentes demonstram a interpenetração entre os sistemas de *civil law* e o *common law*. Cada vez mais, as decisões judiciais citam os precedentes. Embora ainda existam dificuldades na pesquisa nos tribunais estaduais e em alguns tribunais superiores, o site do STF se destaca pelo bom desempenho: uma Constituição comentada pela própria Corte com trechos das decisões mais importantes após cada um dos artigos, um buscador na maioria das vezes é eficiente quando bem utilizado, um sistema *push* através do qual qualquer cidadão pode se cadastrar para receber periodicamente um informativo dos julgamentos considerados

mais importantes pelo tribunal, um sistema de notícias diário que não raro procura suprir a demora inevitável entre o julgamento e a publicação, um esquema televisivo que, mesmo necessitando ser democratizado, tem realizado a transmissão dos bons e maus momentos do tribunal. Atualmente, os julgamentos do tribunal estão disponíveis no site *youtube* e, até mesmo no *twitter*, o STF possui uma página.

Não é preciso se alongar nas explicações para perceber que, de fato, houve uma jurisprudencialização do direito. Consta-se que todo esse processo não veio acompanhado de uma reflexão metodológica consistente. Apesar de não constituir mais nenhuma novidade muitas das técnicas interpretativas, especialmente os princípios de interpretação constitucional²⁴, como a proporcionalidade, são escassos os estudos sobre os precedentes e as técnicas para relacioná-los. Ainda mais escassas, são as reflexões metodológicas sobre o estudo detido de um caso específico, como construir um catálogo de casos e de como, a partir desse catálogo, trilhar o caminho a ser seguido antes de propor parâmetros (*standards*) para que a atuação judicial se dê de forma cada vez mais não só racional, isonômica e previsível²⁵, mas também de forma justa.

²⁴ Uma excelente e didática exposição, ilustrada inclusive com a jurisprudência pertinente, relativa aos princípios de interpretação constitucional pode ser encontrada em: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151-246.

²⁵ A utilização dos *standards* preocupa-se em atribuir ao intérprete, com seus valores e pré-compreensões, o dever de reconstruir o sistema jurídico à luz das inúmeras variáveis que o caso apresenta. Sobre a noção de pré-compreensões, Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (Trad. Flávio Paulo Meurer). v. I. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 354 e ss. Sobre as justificativas para a utilização de parâmetros, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação**. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n.1, 2007.

Sem dúvida, o fenômeno se refletiu nos escritos da “escola fluminense”, se é que podemos denominar assim os livros e artigos dos professores Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos, Jane Reis Gonçalves Pereira, Cláudio Pereira de Souza Neto e, mais recentemente, também da jovem Patrícia Perrone. Da interpretação jurídica e constitucional, passou-se à discussão sobre a ponderação especialmente por meio da proporcionalidade. Mais recentemente, começou-se a debater os precedentes. É verdade que apenas após a tese de doutorado de Ana Paula de Barcellos os parâmetros receberam uma discussão metodológica mais consistente. Mesmo com a tese, ainda restam aspectos da técnica a serem explorados, que possibilitam agregar novos elementos ao tema, especialmente no que se refere às espécies e ao processo de construção de *standards*.

II CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

Do ângulo terminológico, os parâmetros podem ser traduzidos como parâmetros, critérios, padrões, medidas, modelos, tipos ou fatores. Já em termos conceituais, representam os elementos de apreciação necessários para a avaliação de determinados fatos, cujas variações são acompanhadas de alterações norma, de tal modo que, as relações estabelecidas relacionam-se, em particular, à solução jurídica de um problema²⁶. Embora tal solução seja inevitavelmente intuitiva e valorativa, os parâmetros correspondem a verdadeiras diretrizes²⁷ ou pontos de apoio

²⁶ A definição de parâmetro foi extraída do Dicionário Eletrônico Houaiss

²⁷ Em sentido contrário, M. Hariou diferencia diretriz e parâmetro, por entender que o standard seria o elemento do método que permite descobrir a diretriz e a solução do problema. Cf. M. Hariou, *Police juridique ET fond Du droit*, Ver. Trim., 1923, p. 269 apud STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancinne et Moderne, 1927, p. 36

teórico-práticos para tomada de decisões judiciais, administrativas ou, mesmo, legislativas²⁸.

Em sentido estrito, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições (*preferred rights* ou *preferred interests*). Seu emprego, na doutrina constitucional tradicional, consiste em detectar diante de quais variáveis de um interesse ou princípio deve prevalecer em relação ao outro ou, até mesmo, excepcionalmente, poderá afastar a incidência de uma regra no caso concreto. Em geral, tais preferências podem ser estabelecidas a partir da generalização de elementos comuns de alguns casos ou a experiência prática da vida que se transformam em padrão decisório para os demais.

No direito internacional, especialmente no âmbito dos direitos humanos, os parâmetros são concebidos como “um complexo combinatório de normas juridicamente vinculativas, de caráter cogente, programático ou indicador de fins, com

²⁸

Em sentido semelhante, STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 35: “Appliqué au droit, le ‘standard’ a été défini (7) ‘un type modèle ou réunion d’éléments et de conditions acceptées comme corrects et parfaites’ et il est employé pour ‘désigner ex vivo termine, une mesure ou critérium d’appréciation qui a l’assentiment général et est unanimement admis et reconnu par une catégorie de personnes liées par un rapport contractuel dans une affaire déterminée civile ou commerciale’(8)” No entanto, em passagem mais adiante o autor acaba circunscrevendo os standards às atividades judiciais. Cf., STATI, Marcel O. *op. cit.*, p. 45: “Si, néanmoins, on essayait de le définir suivant les procédés de la logique, impropres dans la circonstance, on pourrait toujours dire que, au point de vue de la technique moderne Du droit, le standard juridique est le procédé qui prescrit au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d’actes qu’il s’agit de juger.”

normas de outra natureza, muitas vezes desprovidas de conteúdo imperativo, mas com grande força ética, como resoluções, recomendações, declarações, conferências e apelos.”²⁹

A despeito da conceituação adotada, é certo que os parâmetros constituem um método de solução de conflitos de interesses e que, especificamente no caso judicial, tenta resolver o caso, considerando os diversos aspectos econômicos, sociais e morais. Há uma dose de pragmatismo e empirismo em sua aplicação³⁰. De fato, a construção dos parâmetros pressupõe uma avaliação comprometida com os impactos e resultados das decisões judiciais.

III ESPÉCIES DE STANDARDS

Os parâmetros podem ser classificados segundo quatro critérios. Quanto à *origem*, podem ser: (i) Normativos; (iii) Jurisprudenciais; e (iv) Doutrinários. Quanto à *função* que desempenham, classificam-se em: (i) Orgânico-funcionais; (ii) Procedimentais; e (iii) Materiais. Quanto ao grau de *precisão*, subdividem-se em: (i) Gerais; e (ii) Especiais. Quanto à *forma* que se revestem, podem ser: (i) Diretrizes; (ii) Testes específicos de ponderação; (iii) Relações de precedência condicionada; (iv) deveres *prima facie*.

Quanto à origem, desde que tomados em sentido amplo, os parâmetros podem ser normativos, jurisprudenciais e

²⁹ Inspirado em Eibe Riebel, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin, 1986 *apud* Canotilho propõe tal conceito. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 156.

³⁰ BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961, p.509-10.

doutrinários. Afinal, se as proposições jurídicas do Legislador e do Judiciário não se diferenciam substancialmente, a não ser pelo grau de generalidade e pela maior margem de ponderação; então, não faz sentido que o Legislador ou a Administração também não possam ou devam operar também com parâmetros.

Reconhecida essa ideia, é possível pensar que o Legislativo circunscreve-se tão-somente aos limites constitucionais, possuindo a maior margem de ponderação. Os parâmetros traçados por ele, em razão disso, tomam muito mais a forma de diretrizes normativas do que relações de precedência condicionada. Constituem bem mais *hard law* do que *soft law*. No direito norte-americano, fala-se em leis esqueleto (*legislation of skeleton type*), enquanto do direito francês “leis quadro” (*loi cadre*) que são leis que, à semelhança das leis delegadas, condicionam, em alguma medida, a elaboração posterior dos atos do Executivo³¹. Embora a lei delegada não tenha chegado a estimular a produção de parâmetros em razão da preferência do uso das medidas provisórias pelo Executivo; no direito comparado, tais leis acabam por estimular a elaboração de parâmetros normativos. Já a Administração e o Judiciário devem se manter nos limites constitucionais e legais. O Legislador institui parâmetros mais genéricos, enquanto o Judiciário, a Administração e a doutrina procuram desenhar contornos mais precisos, observando via de regra as disposições legais e administrativas. Não raro a doutrina também procura sistematizar os parâmetros e observações parciais colhidas da jurisprudência.

Até por isso, os parâmetros produzem efeitos numa gradação que combina *hard law* e *soft law*, disposições vinculantes e regras de ética, política, nacional e internacional. Os parâmetros legislativos têm maior grau de incidência que os jurisprudenciais.

³¹

PESANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas Constituições brasileiras: teoria e prática. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.151-3

Isso porque é o Legislador que tem competência para instituir normas gerais e abstrata, respeitando apenas a Constituição e os direitos internacional, notadamente os direitos humanos. Não obstante o Judiciário tem ampla competência interpretativa, seus parâmetros devem resultar das possibilidades constitucionais e legais do ordenamento jurídico. Os parâmetros jurisprudenciais incidem de forma mais forte, se comparados aos parâmetros doutrinários. Em todos, contudo, o intérprete poderia exigir um ônus argumentativo maior para afastar das diretrizes traçadas nos parâmetros ou, ao contrário, menor caso eles fossem obedecidos. Deixadas as diferenças de lado, sabendo-se que os *standards* prestam-se a harmonizar em especial valores, interesses, regras e princípios constitucionais contrapostos, não faz sentido confiná-la à esfera judicial. Se nas sociedades contemporâneas, cada vez mais, se busca construir uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de fato, isso não faria sentido³².

Quanto à função que desempenham, os parâmetros podem ser orgânico-funcionais, procedimentais e materiais³³. Os parâmetros funcionais procuram delinear as “capacidades institucionais dos poderes”³⁴ (Executivo, Legislativo e Judiciário) e dos demais órgãos do Estado. Estabelecem os limites e as

³² Sobre a noção de sociedade aberta dos interpretes da constituição, Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³³ Apesar das pequenas e naturais diferenças de conteúdo dos conceitos, colhemos a classificação de BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.224 e ss.

³⁴ Sobre as capacidades institucionais, Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

possibilidades de atuação das instituições, considerando sua estrutura e a dinâmica dos resultados dos papéis desempenhados. Os parâmetros também podem ser procedimentais, se tiverem a preocupação de conferir maior fluidez e precisão ao encadeamento dos atos jurídicos. Os parâmetros podem ser classificados, ainda, como materiais, caso se prestem a pautar a tomada de decisões mais racionais e isonômicas por parte das instituições, considerando o conteúdo dos atos.

Quanto ao grau de precisão ou generalidade, os parâmetros podem ser gerais ou especiais. Os primeiros são parâmetros gerais ou metaparâmetros, isto é, aqueles que servem para orientar a criação e aplicação de novos parâmetros. Não se prendem, portanto, a uma situação específica. Ana Paula de Barcellos, por exemplo, após destacar o caráter preferencial e não absoluto dos princípios, classifica os princípios em gerais e particulares. Sugere como pauta hermenêutica dos parâmetros gerais as seguintes idéias, extraídas do sistema jurídico como um todo: (i) a preferência das regras sobre princípios, devido a maior precisão que estas encerram; (ii) a preferência das normas que realizam diretamente direitos fundamentais dos indivíduos sobre normas relacionadas apenas indiretamente com os direitos fundamentais. Já os parâmetros específicos que, na visão da autora, envolvem conflitos normativos específicos, como, por exemplo, entre os que ocorrem entre a liberdade de imprensa e informação em face do direito à intimidade, vida privada e honra e podem ser guiados, entre outros parâmetros, pela noção de que caso se trata de local público estabelece-se uma presunção *prima facie* em favor da liberdade de expressão³⁵.

Por fim, quanto à forma que se revestem,

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 159 e ss.

complementamos as classificações existentes com a seguinte: (i) diretrizes; (ii) testes específicos de ponderação; (iii) relações de precedência condicionada; (iv) deveres *prima facie*. As *diretrizes* consubstanciam linhas gerais dentro das quais uma atuação deve se enquadrar. Os testes específicos de ponderação através de conceitos específicos, como próprio nome indica, são idéias que pautam a solução de um rol de problemas precisos, por exemplo, no direito norte-americano fala-se em “dano claro e iminente” (*clear and present damage*) em razão dos quais o Estado pode atuar para restringir a liberdade de expressão, por exemplo, para conter o *hate speech*. Do contrário, enquanto permanecerem como palavras apenas, o Estado não deve cercear a liberdade de expressão. Ou ainda, a ideia de *reasonable man* para as hipóteses de responsabilização civil por negligência. Por fim, o estabelecimento de parâmetros pode ser implementado por meio de as “relações de precedência condicionada” que via de regra fazem conexões entre normas, determinando a calibragem dos efeitos. Por exemplo, se um princípio for efetivado, outro princípio ou outra consequência fática deverá ser mais implementada. Outro exemplo é a realização em igual medida, em menor ou maior proporção, conforme o caso concreto. Podem se manifestar ainda como deveres *prima facie* que significam “deveres condicionais”, isto é, presentes certas condições são extraídas certas consequências, a não ser que existam outras condições capazes de afastá-las³⁶.

³⁶

Embora José Juan Moreso não trate os deveres *prima facie* como parâmetros, mas sim como condições para tentar hierarquizar a ponderação e aproximá-la da subsunção, acreditamos ser possível, ao contrário do autor, enxergá-las sim como parâmetros em razão da sua semelhante formulação lógica e lingüística. V. MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 107.

IV JUSTIFICATIVAS PARA UTILIZAÇÃO

A utilização dos parâmetros preocupa-se em atribuir ao intérprete, com seus valores e pré-compreensões³⁷, o dever de reconstruir o sistema jurídico à luz das inúmeras variáveis que o caso apresenta. A reconstrução da norma, de um lado, opera preservando a unidade e coerência do sistema jurídico e, de outro, possibilita a tomada de decisões racionais, previsíveis, isonômicas e justas.

O próprio conceito de sistema jurídico pressupõe ordem e unidade. A ordem significa que as normas do sistema não estão dispostas de forma aleatória. Pelo contrário, são classificadas e dispostas de acordo com suas semelhanças. Essa arrumação permite que elas sejam racionalmente apreensíveis. A unidade, por sua vez, implica certo grau de sinergia no interior da ordem estabelecida, impedindo que as normas se dispersem num conjunto de singularidades desconexas através, sobretudo, de princípios fundamentais³⁸.

O intérprete pode perceber essa complexa teia normativa dotada ordem e unidade de modo a reconstruir no caso concreto, ao invés de simplesmente recorrer à subsunção de normas

³⁷ Sobre a noção de pré-compreensões, Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer **vol. I** Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 354 e ss.

³⁸ Sobre o conceito de ordenamento jurídico e as características da unidade, coerência e completude. V BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. Sobre o conceito de sistema como caracterizado pelas idéias de ordenação e unidade, V. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito** (Trad. A. Menezes Cordeiro). Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2002, p. 9-18.

isoladas. Mais precisamente, recorre-se aos parâmetros capazes de harmonizar às tensões existentes no interior do sistema, considerando os diversos interesses em jogo. Não há novidade nisso, mesmo porque existem diversas técnicas de interpretação para isso, tais como a interpretação sistemática, a concordância prática e o princípio da unidade da constituição.

O esforço em estabelecer parâmetros de ponderação presta-se igualmente a ensejar decisões racionais, previsíveis, isonômicas e justas. Isso porque parâmetros definidos previamente para tomada de decisões proporcionam uma expectativa razoável quanto à solução dos problemas. Os padrões resultam da repetição de soluções a casos recorrentes que acabam se institucionalizando para efetivar a segurança jurídica tão cara ao Estado de direito. A padronização torna previsível em relação aos casos futuros e evita que, a cada colisão concreta, todos os argumentos envolvidos na ponderação sejam novamente mobilizados, embora não dispense a eventual necessidade de adaptações dos argumentos. Adaptações essas que só são possíveis, porque a valoração do intérprete do caso concreto, com sua racionalidade e intuição, pode contribuir para adaptar flexibilizar o conteúdo e aplicação das regras, considerando a época, o lugar e as circunstâncias³⁹. Efetiva-se a racionalidade ao implementar tomadas de decisões mais céleres, seguras, isonômicas e justas.

Por certo, os magistrados não estarão obrigados a decidir de acordo com os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais consolidados, mas, para afastá-los, devem aceitar o ônus argumentativo daí decorrente, ressaltando as diferenças consubstanciadas no precedente sob sua análise. Dessa maneira, o Poder Judiciário tem as diretrizes para realizar um controle da atuação administrativa, mantendo-se dentro dos seus

³⁹ BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Castellví/Argentina, 1961, p. 509.

limites funcionais⁴⁰. A Administração torna-se mais técnica e racional por apresentar de forma clara os motivos e as fronteiras da legitimidade de sua atuação. O Legislador, por sua vez, torna-se mais democrático e plural a medida que consegue harmonizar os diversos interesses em jogo por meio do uso público da razão. O princípio da legalidade não é desvalorizado. Pelo contrário, os parâmetros consideram a lei em função de um ordenamento pluralista, dentro das interconexões no interior do ordenamento jurídico.⁴¹ Não há razões plausíveis para nenhum dos Poderes afastar ou sequer evitar o seu emprego.

As principais críticas ao emprego dos parâmetros apontam que haveria usurpação da função legislativa por outros sujeitos e violação à separação dos poderes e ao Estado democrático de direito, porque cabe, em regra, ao Legislativo editar padrões de conduta gerais e abstratos⁴². Não falta, contudo, legitimidade democrática para tal propositura, porque os parâmetros judiciais auxiliam a harmonizar os diversos interesses em conflito, notadamente entre as normas constitucionais, os interesses das maiorias governamentais momentâneas e os Poderes e

⁴⁰ Sobre a previsibilidade, “calculabilidade” e a tutela judicial constitucionalmente adequada através dos parâmetros, leia-se: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.832 e ss.

⁴¹ MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2000, p. 171 *apud* ARAGÃO, Alexandre. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, 2004, p. 58.

⁴² Sobre a crítica de subjetivismo e falta de legitimidade do judiciário para realizar a ponderação, bem como uma defesa da racionalidade da técnica da ponderação. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.275 e ss.

instituições envolvidas⁴³. Servem, ainda, eventualmente para arrefecer o desacordo existente e não raro para proteger os direitos fundamentais e das minorias. A atuação judicial não pode se circunscrever à subsunção. Pelo contrário, deve moldar as normas aos casos concretos no que for pertinente. Enfatize-se, por fim, que não apenas o Judiciário opera com parâmetros, embora tenha sido essa a ênfase ao tratar do tema. O Legislativo e a Administração podem fazê-lo. Mais uma razão pela qual as críticas ao seu emprego restam esvaziadas.

Por certo, existe quem sustente, de forma ingênua e otimista, que a construção de parâmetros poderia chegar a reduzir toda a ponderação à subsunção, na medida em que sempre poderia existir um parâmetro ou uma condição *prima facie* para determinar o que deve prevalecer diante do caso concreto se subsume.⁴⁴ Isso sim violaria o princípio democrático. Felizmente, por mais ostensiva que seja a “*standardização*” do direito, em realidade, isso não será possível. O papel do intérprete é imprescindível na reconstrução dos sentidos dos enunciados normativos e das interconexões entre interesses, regras e princípios. Com os parâmetros, essa tarefa pode ser devidamente calibrada, servindo para harmonizar os poderes e proteger de direitos fundamentais.

V REFLEXÃO METODOLÓGICA SOBRE O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS: EXISTE UM ROTEIRO?

Há quem diga que não existe uma “fórmula” ou roteiro para confecção de *standards*. No máximo, seria possível sugerir três

⁴³ Nesse sentido, ALENIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing**. *The Yale Law Journal* nº 5, vol. 96, 1987, p. 985-6.

⁴⁴ Nesse sentido, Cf. MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 112 - 113 e p. 120 - 121.

grupos de perguntas para auxiliar o intérprete nessa tarefa. Perguntas sobre a natureza do enunciado normativo, o impacto do enunciado normativo sobre os fatos e as circunstâncias sobre o enunciado normativo. O problema é que quem parte dessa premissa pensa o processo de construção de parâmetros, única e exclusivamente, pautada na noção de conflito entre princípios e regras, quando os “interesses” também são importantes. Essa opção, além disso, torna a reflexão limitada, porque o rol de perguntas é empregado, inconscientemente, através de uma lógica dedutiva, isto é, da norma para o caso concreto⁴⁵. Lógica essa, ainda que mais refinada, ainda guarda traços típicos do raciocínio empregado na subsunção⁴⁶.

Se a ideia do *standard* é justamente encontrar uma solução que possa ser generalizada para um grupo de casos da vida real, então, tal premissa não é a melhor. Seria mais adequado

⁴⁵ Nesse sentido, Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 278. O *segundo conjunto* de perguntas está associado ao conteúdo material do enunciado: os efeitos que ele pretende produzir no mundo dos fatos, as condutas necessárias e exigíveis à realização desses efeitos e, afinal, as prerrogativas que ele confere. As respostas obtidas aqui, dentre outras utilidades, auxiliarão o intérprete a visualizar o núcleo dos princípios e a empregar o segundo parâmetro geral proposto acima (preferência das normas que de forma direta promovem os direitos fundamentais dos indivíduos, sobre aquelas que o fazem apenas de forma indireta), caso isso seja necessário. O *terceiro grupo* de perguntas procura identificar circunstâncias que interferem de forma relevante na definição do sentido e propriamente com a aplicação do enunciado.”

⁴⁶ Robert Alexy reconhece que a subsunção utiliza uma lógica tipicamente dedutiva, enquanto a ponderação uma lógica aritmética não entre números, mas sim entre o julgamento do grau de interferência e o peso abstrato das obrigações. Cf. ALEXY, Robert. **On Balancing and subsumption. A structural comparison**. *Ratio Juris* n°16, n°4, 2003, p. 433 e ss.

inverter a ordem das perguntas e, a partir do “caso”, e não do “enunciado normativo” para, na medida do possível, comparar seus elementos fáticos relevantes (*material facts*) aos demais e, só então, sopesar ou não regras e princípios que se prestariam preferencialmente como balizas ou elementos para comparação entre os casos. A lógica aplicada seria a indutiva e não a dedutiva, tomando como referencial a realidade, ao invés da norma. O caso concreto, ao invés do enunciado normativo⁴⁷.

O caso aqui deve ser entendido de forma ampla como acontecimentos problemáticos que procurem resolver questões relevantes para e por meio do ordenamento jurídico. Logo, a resolução do caso pressupõe que o intérprete entenda o seu sentido, atribuindo valor as categorias jurídicas que dispõe de modo a submeter os fatos ao qual se entende, compreende e experimenta soluções. Não apenas o caso deve se orientar pelas normas. Também as normas devem orientar-se pelos casos. Como bem colocou Gustavo Zagrebelsky, *“Levar em consideração exclusivamente os casos daria lugar a uma casuística, incompatível com a existência do direito como ordenamento; levar em consideração exclusivamente o ordenamento conduziria a uma ciência teórica, inútil para finalidade de direito. Excesso de concreção em um caso;*

⁴⁷ É possível notar em todas as perguntas sugeridas pela autora o centro de referência no enunciado normativo. Sua primeira etapa de ponderação começa detectando os enunciado normativo, e, mesmo quando passa a segunda etapa, e ou as perguntas referente aos fatos, o olhar é sempre para os efeitos dos enunciados normativos sobre os fatos e não os fatos propriamente. Cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 92 e ss e 278 e ss. A proposta se insere, de forma muito lógica e coerente, na sistematização da tese de doutorado que prevê como parâmetro geral a preferência de regras sobre princípios. Contudo, outras formas de pensar os parâmetros, como a sugerida acima, são possíveis.

excesso de abstração em outro.”⁴⁸

Sem dúvida, as perguntas e a observação dos conflitos entre princípios e regras são úteis. Mas não constituem a única possibilidade hermenêutica. É possível propor uma fórmula, ou melhor, um roteiro para construir parâmetros por meio de uma lógica indutiva. Embora não sejam ignoradas as regras e princípios, a inversão do raciocínio lógico empreendida aqui atribui de forma consciente destaque aos casos concretos e suas interconexões. É verdade que o processo de confecção permanece em certa medida intuitivo e artesanal. Mesmo assim, a racionalização do processo ocorre se for obedecida e bem compreendida cada uma das três etapas do roteiro sugerido: (i) estudo do caso; (ii) o catálogo dos casos; (iii) condensação linguística para obtenção dos parâmetros⁴⁹.

⁴⁹ De forma semelhante, Luis Pietro Sanchís explica que para ponderar é preciso mostrar que o caso individual em exame faz parte de um universo de casos para, em seguir, mostrar quais princípios são relevantes para propor uma regulação *prima facie* do caso e a construção. De todo modo, existem algumas diferenças teóricas entre o modelo do autor e o aqui proposto, tais como (i) a comparação com outros casos deve ser feita no interior de um catálogo com certas características e não pura e simplesmente com outros casos, (ii) em relação ao produto da ponderação, segundo o autor, uma vez generalizado pelo precedente, teria a natureza de regra e tornaria desnecessária a ponderação. Tal como abordamos anteriormente, em relação ao *definitional balancing* e ao *balancing ad hoc*, o ônus argumento será menor no primeiro do que no segundo, embora a reconstrução dos argumentos da ponderação e a eventual discordância dele, nunca poderão ser afastadas completamente ao ponto de tornar, como defende o autor, a ponderação desnecessária. Cf. SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 145 - 146.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.132 e ss.

V.1. O ESTUDO DO CASO

A primeira etapa consiste em estudar atentamente o caso em questão, observando os argumentos contrários e favoráveis a tomada de decisão⁵⁰. O estudo desse caso concreto, por sua vez, subdivide-se em outras três: (i) pontuar os fatos e as controvérsias relevantes; (ii) agrupar os fundamentos da decisão que poderiam conduzir a uma decisão e, depois, os que poderiam conduzir a decisão contrária; (iii) comentar a decisão final consiste em estudar atentamente o caso em questão, observando os argumentos contrários e favoráveis a tomada de decisão⁵¹.

⁵⁰ A opção de estudar o caso concreto ou uma dada decisão se inspira no modelo da tópica de primeiro grau, bem como na dialética. Procurou-se observar o problema os fatos traziam, bem como as teses, as antíteses e as sínteses. Sobre a tópica, Cf. ARISTÓTELES. **Tópicos**. In: Aristóteles (Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1983. VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos (Trad. Kelly Susane Alften da Silva). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Para uma aplicação da tópica, em especial a de primeiro grau ao raciocínio jurídico brasileiro, com diversos exemplos na jurisprudência do STF,. Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro:Renovar, 2003,p. 273 e ss.

⁵¹ O roteiro para estudar um caso concreto foi desenvolvido no âmbito do Observatório de Jurisprudência da STF, durante a monitoria de direito constitucional de 2007. O projeto, que estudou uma série de casos do ano em questão, venceu a semana de monitoria da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e seu conteúdo foi parcialmente utilizado para confecção do artigo que foi publicado. Cf. SOUZANETO, Cláudio Pereira de; FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles; LEGALE FERREIRA, Siddharta; SOUZA, Taiguara Líbano Soares e SILVA, Anna Carolina Pinheiro da Costa. **O ano do direito constitucional**. *Revista de Direito do Estado*, n. 9, 2008, p. 3 - 20.

Nem sempre é fácil pontuar os fatos e as controvérsias relevantes suscitadas. O objetivo, com isso, é extrair a norma do caso concreto que vincula as partes também os tribunais inferiores (*holding ou ratio decidendi*), colocando em segundo plano as considerações marginais que, normalmente, produzem efeitos meramente persuasivos (*obiter dictum*). Para tal extração da *holding*, será importante examinar elementos como (i) os fatos relevantes para o caso concreto; (ii) a questão posta em juízo; (iii) a fundamentação; (iv) o que restou efetivamente decidido⁵².

Dois métodos são possíveis. De um lado, um fático-concreto, que analisa fatos relevantes e, separando os fatos irrelevantes, então, procede a tomada de decisão a partir de um grupo de casos. Por outro lado, há um método abstrato-normativo é importante observar que a pretensão do tribunal, ao decidir a lide, é simplesmente solucioná-la e enunciar a regra para o exame de demais casos⁵³. Os dois métodos não são excludentes. Pelo contrário, são complementares, especialmente por se tratar de enfoques diferentes. Mesmo assim, delimitar a classe de fatos abrangidos pela decisão (*breadth component*), bem como o *standard* jurídico deles decorrente (*content component*) não deixa de ser uma tarefa árdua. Pressupõe agrupar os fatos de modo a prepará-los para servir de base para que sejam submetidos, posteriormente, a um comando jurídico ou a uma relação de comandos jurídicos parametrizáveis.

Em relação especificamente aos casos judiciais, suas fundamentações podem ser estudadas a partir de um processo

⁵² PERRONE, Patrícia. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.120.

⁵³ PERRONE, Patrícia, *op. cit.*, p.127.

dialético entre tese, antítese e síntese⁵⁴. Uma vez que no início do primeiro parágrafo já foram transmitidas as controvérsias relevantes, resta ao parágrafo subsequente expor a primeira os argumentos encontrados no voto do relator e daqueles que o acompanharam, seja pelos mesmos argumentos, seja por argumentos diferentes ou acrescentando novos. No terceiro, faz-se o mesmo, expondo argumentos dos votos divergentes.

Por fim, no parágrafo conclusivo, esclarece-se a posição prevalente no tribunal seja destacando a importância da decisão em análise, seja realizando uma crítica. O comentário do caso pode lançar mão de duas alternativas. A primeira procede a uma comparação com demais precedentes antecedentes e subsequentes, dando uma feição eminentemente jurisprudencial ao comentário. A segunda opção é destacar um dos assuntos abordados na decisão com intuito de explicar melhor um determinado conceito jurídico empregado, o enquadramento jurídico e as classificações no qual ele está envolvido, as conexões existentes com os demais institutos jurídicos e as possíveis aplicações práticas. Nessa hipótese, o comentário ganha contornos mais doutrinários. É certo, contudo, que um comentário bem realizado, mesmo com um dado foco, mescla as contribuições da doutrina com as da jurisprudência. Em qualquer caso, não é recomendável ignorar os dispositivos da legislação e dos tratados pertinentes.

⁵⁴

Vale a pena transcrever um trecho da nota de rodapé em que Rafael Bielsa enfatiza a conexão entre a dialética e os *standards*. Cf. BIELSA, Rafael. **Metodología jurídica**. Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961, p.508: “Sin embargo, para justificar el ‘standards’ hay que recurrir también a la dialética, porque una modificación o interpretación nueva de las reglas tradicionales no se impone solamente con el solo criterio de la utilidad práctica en justicia, a diferencia de lo que ocurre en los negocios. Es necesario un fundamento de derecho, es decir, una motivación jurídica de la decisión, y en esa motivación, puede obrar la dialética.”.

V.2. O ESTUDO DE CASOS: A ELABORAÇÃO DO CATÁLOGO

A segunda etapa refere-se à construção de um catálogo dos casos. O catálogo de julgados pode ser construído de duas formas. Se existirem casos anteriores, é possível reunir os julgados relativos ao assunto para o qual se deseja estabelecer parâmetros. Quando não existam precedentes anteriores, os parâmetros podem ser obtidos recorrendo aos julgados dos tribunais estrangeiros⁵⁵, de preferência oriundos de países com semelhanças culturais relevantes para o caso concreto, ou dos tribunais de organizações internacionais, preferencialmente as quais o país se filie. Se não forem encontrados casos, podem ser estudados os atos administrativos⁵⁶, exemplos históricos e eventos mesmo que jornalísticos podem ser comparados e utilizados subsidiária e complementarmente.

Note-se, por fim, que a preferência no uso de precedentes judiciais – e de precedentes nacionais – não resulta de uma crença ingênua no Judiciário, tampouco de um ufanismo

⁵⁵ Sobre esse intercâmbio de experiência judicial e o uso recíproco de precedentes como fator do constitucionalismo internacionalizado, Cf. STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e 'Intercâmbio mundial entre Juízes'** In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵⁶ Também é possível, ao menos, de forma auxiliar, estudar atos administrativos diferentes para construir parâmetros. Por exemplo, parâmetros para a estruturação constitucionalmente adequada da política de cotas podem ser obtidos da construção de um catálogo, com os pontos em comum e diferentes, entre os diversos editais das universidades do país. Sobre os parâmetros para as cotas, veja-se o original e excelente texto de SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

judicialista. Ocorre que, nesses casos, com todas as limitações que o Judiciário possa ter e tem, ainda assim, a realidade, os valores e as normas específicas desse país, em geral, já foram ponderadas considerando seu contexto, o que facilita substancialmente a construção do catálogo e também dos parâmetros.

Em qualquer hipótese, recomenda-se que a organização do catálogo se paute pela classificação temática dos casos, considerando os aspectos que, provavelmente, serão relevantes para construção do parâmetro, como, por exemplo, (i) a variação da intensidade dos princípios e interesses envolvidos em razão do tempo, modo e lugar; (ii) o papel dos titulares dos direitos em jogo e (iii) de quem deve respeitar ou efetivar tais direitos, (iv) o contexto sócio-econômico e cultural. Construído o catálogo, torna-se mais fácil, segura, previsível e isonômica a resolução dos casos posteriores, bem como condensar linguisticamente o parâmetro⁵⁷.

V.3. A CONDENSAÇÃO LINGÜÍSTICA DOS PARÂMETROS

A terceira etapa envolve a construção dos parâmetros propriamente. Consistirá em coligar fatos ou casos de modo a reunir uma multidão de observações parciais em uma só

⁵⁷

A idéia de construir um catálogo a partir de certos aspectos para facilitar a resolução de problemas inspirou-se no estudo da tópica de segundo grau ou o catálogo de *topoi*. V. VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos. Trad. Kelly Susane Alften da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. Para uma visão crítica da tópica, sugerindo seu uso de forma apenas subsidiária aos casos em que o ideal de justiça justifique a quebra da unidade e a segurança jurídica proporcionado pelo sistema jurídico. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 243 e ss. Em sentido contrário, e, com o melhor posicionamento, Paulo Roberto Soares

proposição. Opera-se, assim, em uma lógica indutiva⁵⁸, partindo do conhecido –os casos e o catálogo – rumo ao desconhecido: os parâmetros⁵⁹.

Mendonça critica Canaris em diversos aspectos. Por exemplo, afirma que o autor ignora o fato de que, a despeito do direito inglês a norteamericano derivar suas normas dos casos concretos, eles possuem um caráter sistemático (ordem e unidade) o que provaria que não é impossível um esboçar uma teoria do direito a partir da tópica, sobretudo tendo em vista a convergência das tradições romano-germânicas e da *common Law*. Contesta, ainda, a argumentação de Canaris segundo a qual a Tópica estaria ligada à retórica através da existência da Nova retórica, na linha de Perelman. Por fim, argumenta que confinar a tópica à integração de lacunas e à concretização de cláusulas gerais evidencia uma “visão limitada do procedimento hermenêutico”. O autor prossegue com outras críticas a Canaris e com diversos contra-argumentos em defesa da tópica que acabam por desfazer uma série de mitos que se formaram quanto ao seu uso. Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243 e ss.

⁵⁸ Roscoe Pound afirma que duas doutrinas são fundamentais para o Common Law: *supremacy of Law* e *precedents*. Os precedentes, segundo o autor, não são julgados arbitrariamente a partir das regras estabelecidas arbitrariamente da soberania popular, mas sim indutivamente de princípios e Standards obtidos da experiência judicial nos casos concretos. Cf. POUND, Roscoe. **The Spirit of the Common Law**. New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers, 1921, p. 176 e ss.

⁵⁹ Essa proposta se inspirou na concepção de Stuart Mill, segundo o qual a lógica indutiva implica coligar fatos, comparando-os, para sair do conhecido rumo ao desconhecido. V. STUART MILL, John. **Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva**: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica. <Trad. João Marcos Coelho> São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 163-170. Ao comentar a obra, Hans-Georg Gadamer chama atenção para o fato de que John Stuart Mill demonstra que, embora o método indutivo esteja na base de todas as ciências experimentais, ele também pode ser aplicado às “ciências do espírito”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método vol. I**. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 37. Por óbvio, o direito também pode ser considerado uma ciência do espírito passível de ser estudado também através da lógica indutiva.

Em termos mais claros, os parâmetros devem ser colocados em formulações sintéticas, obtidas a partir da reunião de observações parciais e comparações entre os diversos elementos do catálogo. Ocorre uma verdadeira condensação linguística da proposta de parâmetro que representa um esforço de a generalização da experiência, balizada, ainda que *a posteriori*, nos princípios, regras e interesses. Essa condensação linguística resulta da comparação das variáveis envolvidas no processo de comparação, em geral, expressam-se basicamente de duas formas.

A primeira delas formula locuções que acabam sendo empregadas de forma típica para resolução de um nicho de casos. Essa solução é mais comum no direito constitucional norte-americano e surgiram no direito da responsabilidade civil e dos atos ilícitos (*law of torts*). Naquele momento, o objetivo era tornar vinculante certos comportamentos ou interesses sociais em relações obrigacionais, embora, inicialmente, tenham sido enxergados como “tipos médios de conduta social”, cujo conteúdo depende sempre de atualização por meio dos mecanismos decisórios. Com essa lógica, os parâmetros passaram a ser invocados como medidas de comportamento ou interesses relevantes judicialmente. É ilustrativo o caso do parâmetro “*clear and present damage*” para apenas guiar a possibilidade de restringir, no direito norte-americano, à liberdade de expressão. Quando se tratar apenas de as palavras às ações, a liberdade é plena. A restrição é admitida, diante da possibilidade de causar dano. Nos Estados Unidos, chegou-se a admitir o discurso do ódio (*hate speech*), vedando-o quando estejam prestes a causar danos a alguém ou constitua crime de ameaça⁶⁰.

⁶⁰ Sobre o tema, Cf. SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”**. In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207 e ss.

A segunda opção consiste, como bem observou Robert Alexy, em estabelecer relações de precedência condicionada⁶¹, isto é, circunstância em razão da qual um princípio ou interesse deve prevalecer em relação ao outro. Imagine-se, por exemplo, a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. A circunstância dessa colisão ocorrer em um local público ou envolver uma pessoa pública faz com que a liberdade de expressão prevaleça, a princípio, sobre o direito à imagem. Outro exemplo de parâmetro nesses moldes poderia ser extraído da política de cotas: Quanto maior o percentual da minoria e a desigualdade fática, maior poderá ser o percentual de reserva de vagas com intuito de efetivar a igualdade substancial⁶². Em geral, as relações de precedência condicionada podem ser expressas nos seguintes termos: “quanto mais..., mais...” ; “quanto mais..., menos...” ; “quanto menos... , menos...” ; “se..., então...” ; “Isso têm preferência *prima facie* sobre aquilo”.

⁶¹ “La solución de la colisión consiste más bien e que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedência condicionada. La determininación de la relación de precedência condicionada consiste em que, tomando em cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales um principio precede al outro. Bajo outras condiciones, la cuestión de la precedência puede ser solucionada inversamente.” V. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 92.

⁶² Esse é apenas um dos parâmetros. Para mais detalhes, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. No mesmo sentido, V. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Políticas de cotas: Parâmetros para mitigação constitucionalmente adequada da isonomia formal**, 2008.

É bem verdade que tal roteiro é um tipo-ideal para construção dos parâmetros. Nem sempre é possível esmiuçar o estudo de cada caso concreto, com a merecida atenção, por conta de sua densidade. Nem sempre o catálogo construído é o mais abrangente possível. Nem sempre a comparação entre os elementos consegue se amoldar a condensação linguística sugerida. Apesar de tantos “nem sempre”, acreditamos que o roteiro pode ser bastante útil para superar o atual processo de construção de parâmetros que, muitas vezes, tem se dado de forma tímida e intuitiva.

APONTAMENTOS FINAIS

Em desfecho, é possível compendiar de forma sintética as principais ideias do texto:

1. Os parâmetros são típicos da abordagem norte-americana, mas vêm ganhando terreno no Brasil e, em linhas gerais, os parâmetros representam uma técnica de ponderação para atingir fundamentações racionais e justas, que procura estabelecer “relações de precedência condicionada”, presunções ou preferências em favor de um dado direito ou interesse quando presentes certas condições;

2. Os parâmetros podem ser classificados segundo quatro critérios. Quanto à *origem*, podem ser: (i) Normativos; (iii) Jurisprudenciais; e (iv) Doutrinários. Quanto à *função* que desempenham, classificam-se em: (i) Orgânico-funcionais; (ii) Procedimentais; e (iii) Materiais. Quanto ao grau de *precisão*, subdividem-se em: (i) Gerais; e (ii) Especiais. Quanto à *forma* que se revestem, podem ser: (i) Diretrizes; (ii) Testes específicos de ponderação; (iii) Relações de precedência condicionada; (iv) Deveres *prima facie*.

3. Embora exista quem defenda que não é possível traçar uma fórmula para construir parâmetros, entendemos que pode ser sugerido o seguinte roteiro: (i) Estudo do caso; (ii) Elaboração do catálogo dos casos; (iii) Condensação linguística para obtenção dos parâmetros;

Procurou-se contribuir depurar as reflexões teóricas sobre os parâmetros, deixando mais evidente as espécies existentes e propondo um roteiro para guiar a sua construção. Saber quais são as espécies e como é possível chegar até elas é muito importante, porque permite unir a teoria e a prática, justamente por essa técnica de ponderação estar no meio do caminho. A palavra que nos ajudará a “desencalhar” de velhas palavras e antigos problemas que vêm acometendo o direito público, notadamente a proporcionalidade e razoabilidade no direito constitucional brasileiro. “Reencalhar” será positivo? O tempo vai responder.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. **Constitutional Law in age of balancing.** *The Yale Law Journal*, n. 5, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002.

_____. **On Balancing and subsumption. A structural comparison.** *Ratio Juris*, n. 16, 2003.

_____. **Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales.** *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 66, 2002.

ARISTÓTELES. **Tópicos.** In: Aristóteles (I). São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A distinção entre princípios e regras a redefinição do dever de proporcionalidade.** *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.** In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional.** *Revista Forense*, n. 336, out./dez. 1996, p. 125 – 136.

_____. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação interpretação constitucional adequada do Código civil e da Lei de imprensa.** In: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,** 2008. Disponível em: www.lrbarroso.com.br

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência no mundo contemporâneo.** In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris editor, 2009. BIELSA, Rafael. *Metodología jurídica.* Librería y Editorial Castellví S.A. Santa Fe: Argentina, 1961.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.**

São Paulo: Malheiros, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Métodos de proteção de direitos, liberdade e garantias**. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking the rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** (Trad. Flávio Paulo Meurer) v. I. Petrópolis: Vozes, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORESO, José Juan. **Conflictos entre principios constitucionales**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRONE, Patrícia. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESSANHA, Charles. **O Poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os três poderes*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

PORAT, Iddo. **From interest-based balancing to rights based balancing: Two models of balancing in the early days of American**

constitutional balancing. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1012592>

POUND, Roscoe. **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven: Yale University Press, 1954.

_____. **A survey of social interests.** *Harvard Law Review*, n. 57, 1943.

_____. **The Spirit of the Common Law.** New Hampshire: Marshall Jones Company Publishers, 1921, pp. 176 e 182-3. Disponível em: < <http://digitalcommons.unl.edu/lawfacpub/1> >.

SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SANT'ANNA, Afonso Romano. **Palavras que ajudam e atrapalham a viver.** In: Que presente te dar. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens.** In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech".** In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado.** In: Livres e iguais – Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.** Uruguay: Konrad Adenauer-stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **O Proporcional e o Razoável.** *Revista dos Tribunais* nº 798, 200, p. 223-50;

SOUZANETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação**. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1, 2007.

_____. e FERES JUNIOR, João. **Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. e FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles ; LEGALE FERREIRA, Siddharta ; SOUZA, Taiguara Líbano Soares e ; SILVA, Anna Carolina Pinheiro da Costa . **O ano do direito constitucional**. *Revista de Direito do Estado*, n. 9, 2008.

STATI, Marcel O. **Le standard Juridique**. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.

STUART MILL, John. **Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva**: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica. (Trad. João Marcos Coelho). São Paulo: Abril Cultural, 1974.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002.

VIERA, José Ribas (Org.). **Temas de direito constitucional norte-americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIERA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica (tópica e jurisprudência)**: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos (Trad. Kelly Susane Alften da Silva). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.